

Communication concernant l'appréciation des accords verticaux¹ (Communication sur les accords verticaux, CommVert)

Décision de la Commission de la concurrence du 28 juin 2010

Vu les considérants suivants, la Commission de la concurrence arrête la présente communication:

- I. Conformément à l'art. 6 de la Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (LCart; RS 251), la Commission de la concurrence peut fixer par voie de communication les conditions auxquelles des accords en matière de concurrence sont en règle générale réputés justifiés par des motifs d'efficacité économique au sens de l'art. 5, al. 2, LCart. Lorsqu'un besoin accru de sécurité juridique l'exige, elle peut aussi, par une application analogique de l'art. 6 LCart, faire connaître d'autres principes d'appréciation de la loi par voie de communication.
- II. Les accords verticaux peuvent améliorer l'efficacité économique à l'intérieur d'une chaîne de production ou de distribution grâce à une meilleure coordination entre les entreprises participantes. Ils peuvent, en particulier, diminuer les coûts de transaction et de distribution des parties et assurer à celles-ci un niveau optimal d'investissements et de ventes.
- III. La probabilité que de tels gains d'efficacité l'emportent sur les effets anti-concurrentiels, entraînés par des restrictions contenues dans les accords verticaux, dépend du pouvoir de marché des entreprises concernées et, dès lors, du degré de concurrence exercée par les fournisseurs de différentes marques (concurrence intermarques). La Commission de la concurrence part ainsi du principe que les accords verticaux ont généralement pour effet d'améliorer la production ou la distribution, dans la mesure où aucune des entreprises parties à un accord vertical ne détient une part de marché supérieure à 30 % sur le marché pertinent et qu'il ne s'agit pas d'un accord grave d'un point de vue qualitatif.
- IV. Dans le cadre de la révision de la loi sur les cartels de 2003, l'art. 5, al. 4, LCart a introduit de nouveaux faits constitutifs d'une infraction, dans le but d'empêcher l'imposition de prix de revente et le cloisonnement du marché suisse ainsi que de favoriser la concurrence à l'intérieur d'une même marque (concurrence intramarque). Selon l'art. 5, al. 4, LCart, l'imposition de prix de revente minimaux ou fixes ainsi que les clauses contractuelles qui cloisonnent un territoire en interdisant les ventes passives aux distributeurs ou aux clients finals sont présumées entraîner la suppression de la concurrence efficace.
- V. Le législateur a indiqué, dans le cadre de la révision de la loi sur les cartels de 2003, qu'il considère l'imposition de prix de revente minimaux ou fixes ainsi que les clauses contractuelles cloisonnant un territoire, contenues dans des accords verticaux, comme potentiellement particulièrement nuisibles. La Commission de la concurrence a concrétisé cette appréciation dans ses décisions passées et a déjà édicté, en conséquence, des critères d'appréciation des accords verticaux dans la Communication concernant l'appréciation des

¹ Le texte publié dans la Feuille fédérale fait foi.

accords verticaux du 2 juillet 2007 (Communication sur les accords verticaux 2007), notamment en ce qui concerne le renversement de la présomption de suppression de la concurrence efficace (art. 5 al. 4 LCart), le caractère notable de l'accord (art. 5, al. 1, LCart) ainsi que les motifs de justification (art. 5, al. 2, LCart).

- VI. La présente communication se fonde sur la Communication sur les accords verticaux 2007, laquelle s'inspirait du Règlement (CE) n° 2790/1999 de la Commission du 22 décembre 1999, concernant l'application de l'art. 81, par. 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées (JO 1999 L 336/21) ainsi que de la Communication de la Commission concernant les lignes directrices sur les restrictions verticales (JO 2000 C 291/1). Ces dispositions de droit européen ont été remplacées le 1^{er} juin 2010 par le Règlement (UE) n° 330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'art. 101, par. 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées (JO 2010 L 102/1) et les Lignes directrices sur les restrictions verticales (JO 2010 C 130/1), qui prévoient un certain nombre d'adaptations. Les modifications visent essentiellement à tenir compte des tendances du marché, notamment l'augmentation de la puissance d'achat de la grande distribution ainsi que le développement des ventes en ligne sur Internet.
- VII. La révision actuelle de la Communication tient compte de la pratique récente de la Commission de la concurrence ainsi que – tout en tenant compte des conditions juridiques et économiques spécifiques à la Suisse – de l'adaptation du droit européen. De cette manière, elle assure que les mêmes règles que celles en vigueur dans l'Union européenne dans le domaine des accords verticaux continueront d'être appliquées, dans la mesure du possible, en Suisse, que l'isolement du marché suisse est évité et que la sécurité juridique est assurée. En ce sens, les règles en vigueur dans l'Union européenne (cf. considérant VI.) valent de manière analogue en Suisse.
- VIII. Le ch. 10 concrétise les accords présumés entraîner une suppression de la concurrence efficace, selon l'art. 5, al. 4, LCart. Le ch. 11 précise que, pour renverser cette présomption, il s'agit d'examiner le marché dans son ensemble (concurrence intramarque et intermarques sur le marché pertinent).
- IX. Si la présomption peut être renversée, la notabilité de l'accord doit être examinée selon le ch. 12 (1). Pour ce faire, des critères tant qualitatifs que quantitatifs doivent être pris en compte, la pesée de ces deux critères s'effectuant au cas par cas dans le cadre d'une appréciation d'ensemble. Le ch. 12 (2) énumère les accords qui, en raison de leur objet, sont considérés comme qualitativement graves. D'un point de vue quantitatif, des exigences moins strictes suffisent pour qualifier de tels accords de restrictions notables à la concurrence.
- X. Le ch. 13 précise qu'en règle générale, la concurrence n'est pas affectée de manière notable lorsque le seuil de 15 % de part de marché n'est pas dépassé ou qu'il n'y a pas d'effet cumulatif résultant de réseaux parallèles d'accords similaires (cas d'importance mineure). Si le seuil de 15 % de part de marché est dépassé ou s'il existe un effet cumulatif résultant de réseaux parallèles d'accords similaires, l'affectation de la concurrence doit être examinée au cas par cas.

- XI. Le ch. 15 énonce la manière dont les recommandations de prix doivent être appréciées et les circonstances qui peuvent donner lieu à l'examen de recommandations de prix.
- XII. Si la présomption de suppression de la concurrence efficace est renversée et que l'accord affecte de manière notable la concurrence, il faut examiner si l'accord peut être justifié par des motifs d'efficacité économique. Le ch. 16 décrit les conditions auxquelles des accords verticaux en matière de concurrence peuvent, en règle générale, être justifiés par des motifs d'efficacité économique au sens de l'art. 5, al. 2, LCart. À défaut de motifs d'efficacité économique, l'accord est illicite. Les accords en matière de concurrence illicites au sens de l'art. 5, al. 4, LCart, sont passibles de sanction selon l'art. 49a LCart, même si la présomption de suppression de la concurrence efficace peut être renversée.
- XIII. La présente communication ne lie pas les tribunaux civils, ni le Tribunal administratif fédéral ou le Tribunal fédéral lors de l'interprétation des règles du droit de la concurrence.

A. Définitions

Ch. 1 Accords verticaux en matière de concurrence

Les conventions avec ou sans force obligatoire ainsi que les pratiques concertées (cf. art. 4, al. 1, LCart) d'entreprises occupant des échelons du marché différents, dans la mesure où elles visent ou entraînent une restriction à la concurrence, et qui concernent les conditions auxquelles les entreprises parties peuvent acheter, vendre ou revendre certains biens ou services.

Ch. 2 Ventes actives

Le fait de prospecter des clients individuels (clients finals ou distributeurs) sur un territoire ou parmi une clientèle alloués exclusivement à un autre acheteur ou que le fournisseur s'est réservés.

Ch. 3 Ventes passives

Le fait de satisfaire des demandes non sollicitées, émanant de clients individuels (clients finals ou distributeurs) établis sur le territoire ou faisant partie de la clientèle qui sont réservés au fournisseur ou alloués exclusivement par le fournisseur à un autre distributeur, y compris la livraison de biens ou la prestation de services demandés par ces clients. Toute publicité ou action de promotion générale qui atteint des clients établis sur les territoires (exclusifs) d'autres distributeurs, ou faisant partie d'une clientèle allouée à d'autres distributeurs, mais qui est un moyen raisonnable d'atteindre des clients situés en dehors de ces territoires ou d'une telle clientèle, par exemple pour accéder à des clients situés sur son propre territoire, est considérée comme une vente passive. En ce sens, les ventes réalisées par Internet constituent des ventes passives, sauf si les efforts de vente visent à atteindre des clients établis hors du territoire attribué au distributeur.

Ch. 4 Système de distribution sélective

(1) En général

Une convention entre des fournisseurs et des distributeurs selon laquelle:

- i. le fournisseur s'engage à ne vendre les biens ou les services contractuels qu'à des distributeurs sélectionnés sur la base de critères définis (distributeurs agréés) et
- ii. ces distributeurs s'engagent à ne pas vendre ces biens ou ces services à des distributeurs non agréés.

(2) Distribution sélective purement qualitative

Un système de distribution qui consiste à agréer les revendeurs sur la seule base de critères objectifs de nature qualitative requis par la nature du produit tels que la formation du personnel de vente, le service fourni dans le point de vente ou l'assortiment des produits vendus.

Ch. 5 Livraisons croisées

Les livraisons réciproques entre distributeurs membres du système de distribution sélective, qui agissent au même stade commercial ou à un stade différent.

Ch. 6 Obligation de non-concurrence

Toute obligation directe ou indirecte interdisant à l'acheteur de fabriquer, d'acheter, de vendre ou de revendre des biens ou des services qui sont en concurrence avec les biens ou les services contractuels, ou toute obligation directe ou indirecte imposant à l'acheteur d'acquiescer auprès du fournisseur ou d'une autre entreprise désignée par le fournisseur plus de 80 % de ses achats annuels en biens ou en services contractuels et en biens et en services substituables sur le marché pertinent, calculés sur la base de la valeur des achats qu'il a effectués au cours de l'année civile précédente.

Ch. 7 Savoir-faire

Un ensemble d'informations pratiques non brevetées, résultant de l'expérience du fournisseur et testées par celui-ci et qui sont:

- i. secrètes, c'est-à-dire que le savoir-faire n'est pas généralement connu ou facilement accessible,
- ii. substantielles, c'est-à-dire que le savoir-faire est significatif et utile à l'acheteur aux fins de l'utilisation, de la vente ou de la revente des biens ou des services contractuels et
- iii. identifiées, c'est-à-dire que le savoir-faire est décrit d'une façon suffisamment complète pour permettre de vérifier qu'il remplit les conditions de secret et de substantialité.

B. Règles

Ch. 8 Champ d'application

(1) La présente communication s'applique aux accords verticaux en matière de concurrence.

(2) La présente communication s'applique aussi lorsque des entreprises concurrentes concluent entre elles un accord vertical non réciproque et que:

- a. le fournisseur est un producteur et un distributeur de biens, tandis que l'acheteur est un distributeur et non une entreprise qui fabrique des biens concurrents; ou que
- b. le fournisseur est un prestataire de services à plusieurs niveaux d'activité commerciale, tandis que l'acheteur fournit ses biens ou services au stade de la vente au détail et n'est pas une entreprise concurrente au niveau de l'activité commerciale où il achète les services contractuels.

(3) La présente communication n'exclut pas qu'un état de fait constitue, en tout ou partie, un accord horizontal selon l'art. 5, al. 3, LCart ou tombe sous le coup de l'art. 7 LCart. Dans cette hypothèse, cet état de fait est examiné, indépendamment de la présente communication, selon les dispositions applicables de la LCart.

(4) La présente communication ne s'applique pas aux accords verticaux contenant des dispositions concernant la cession à l'acheteur ou l'utilisation par l'acheteur de droits de propriété intellectuelle, à condition que ces dispositions constituent l'objet principal de ces accords et qu'elles ne soient pas directement liées à l'utilisation, à la vente ou à la revente de biens ou de services par l'acheteur ou ses clients.

Ch. 9 Relations avec d'autres communications

(1) La communication concernant les accords verticaux dans le domaine de la distribution automobile du 21 octobre 2002² (CommAuto) prime la présente communication. A défaut de disposition dans la CommAuto, la présente communication s'applique.

(2) La présente communication prime la communication relative aux accords dont l'impact sur le marché est restreint du 19 décembre 2005³ (Communication PME).

Ch. 10 Présomptions

(1) Les accords verticaux en matière de concurrence sont présumés supprimer la concurrence efficace au sens de l'art. 5, al. 4, LCart quand elles ont pour objet:

- a. la fixation d'un prix de vente minimal ou fixe;
- b. l'attribution de territoires, lorsque les ventes par d'autres fournisseurs agréés sont exclues (en particulier l'interdiction de ventes passives à des distributeurs ou à des clients finals).

² Disponible sous www.comco.ch.

³ FF 2006 883 et ss.

(2) L'art. 5, al. 4, LCart s'applique également aux accords conduisant indirectement à l'imposition de prix de vente minimaux ou fixes, ou à une protection territoriale absolue.

(3) L'art. 5, al. 4, LCart s'applique également aux accords revêtant la forme de recommandations, qui se fondent sur une convention ou sur une pratique concertée, et qui ont pour objet ou pour effet l'établissement de prix de vente minimaux ou fixes ou une protection territoriale absolue.

Ch. 11 Renversment de la présomption

Le renversement de la présomption de suppression de la concurrence efficace nécessite un examen du marché dans son ensemble, à la lumière de la concurrence intramarque et intermarques. Est décisive la présence d'une concurrence intramarque ou intermarques suffisante sur le marché pertinent, ou celle d'une combinaison des deux conduisant à une concurrence efficace suffisante.

Ch. 12 Restrictions notables de la concurrence

(1) Pour examiner s'il existe une affectation notable de la concurrence au sens de l'art. 5, al. 1, LCart, il faut tenir compte de critères tant qualitatifs que quantitatifs. La pesée de ces deux critères est effectuée au cas par cas, dans le cadre d'une appréciation d'ensemble. Ainsi, une atteinte qualitativement grave peut être notable malgré ses effets limités sur le plan quantitatif. Inversement, une atteinte ayant des effets importants d'un point de vue quantitatif peut affecter la concurrence de manière notable, même si elle n'est pas grave d'un point de vue qualitatif.

(2) Sont considérés comme qualitativement graves les accords ayant pour objet:

- a. de restreindre la capacité de l'acheteur de déterminer son prix de vente, sans préjudice de la possibilité pour le fournisseur d'imposer un prix de vente maximal ou de recommander un prix de vente, à condition que ces derniers n'équivalent pas à un prix de vente fixe ou minimal sous l'effet de pressions exercées ou d'incitations par l'une des parties;
- b. de restreindre le territoire sur lequel, ou la clientèle à laquelle, un acheteur partie à l'accord, peut vendre les biens ou services contractuels sans préjudice d'une restriction quant à son lieu d'établissement. Cependant, il n'y a pas d'atteinte à la concurrence qualitativement grave quant à l'objet dans les cas suivants:
 - i. restriction des ventes actives sur un territoire ou à une clientèle que le fournisseur s'est exclusivement réservés ou qu'il a alloués à un autre acheteur, à condition que les ventes passives soient possibles sans restriction;
 - ii. restriction des ventes directes par des grossistes aux utilisateurs finals;
 - iii. restriction des ventes par les membres d'un système de distribution sélective à des distributeurs non agréés, dans le territoire réservé par le fournisseur pour l'opération de ce système;
 - iv. restriction de la capacité de l'acheteur de vendre des composants destinés à l'incorporation à des clients qui pourraient les utiliser pour la fabrication de biens analogues à ceux qui sont produits par le fournisseur;

- c. de restreindre les ventes actives ou les ventes passives aux utilisateurs finals par les membres d'un système de distribution sélective qui agissent en tant que détaillants sur le marché, sans préjudice de la possibilité d'interdire à un membre du système d'exercer ses activités à partir d'un lieu d'établissement non autorisé;
- d. de restreindre les fournitures croisées entre distributeurs à l'intérieur d'un système de distribution sélective, y compris entre des distributeurs agissant à des stades commerciaux différents;
- e. de restreindre, dans le cadre d'un accord entre un fournisseur de composants et un acheteur qui incorpore ces composants, la capacité du fournisseur de vendre ces composants en tant que pièces détachées à des utilisateurs finals, à des réparateurs ou à d'autres prestataires de services qui n'ont pas été désignés par l'acheteur pour la réparation ou l'entretien de ses biens;
- f. une obligation de non-concurrence dont la durée est indéterminée ou dépasse cinq ans; cette limitation de la durée à cinq ans n'est toutefois pas applicable lorsque les biens ou services contractuels sont vendus par l'acheteur à partir des locaux et de terrains du fournisseur (propriété ou bail/fermage);
- g. une obligation de non-concurrence postérieure à l'expiration de l'accord vertical. Cette disposition n'est toutefois pas applicable lorsque l'obligation de non-concurrence:
 - i. concerne des biens ou des services en concurrence avec les biens ou services contractuels,
 - ii. est limitée aux locaux et aux terrains à partir desquels l'acheteur a exercé ses activités pendant la durée du contrat,
 - iii. est indispensable à la protection d'un savoir-faire transféré par le fournisseur à l'acheteur, et
 - iv. est limitée à un an à compter de l'expiration de l'accord.

Une restriction à l'utilisation et à la divulgation d'un savoir-faire qui n'est pas tombé dans le domaine public reste possible pour une durée indéterminée;
- h. une restriction au multimarquisme dans un système de distribution sélective, qui interdit de vendre les marques de fournisseurs concurrents déterminés.

Ch. 13 Absence de notabilité en raison des parts de marché

(1) Les accords verticaux en matière de concurrence non visés au ch. 12 (2) let. a à e n'entraînent en règle générale pas d'affectation notable de la concurrence lorsque aucune des entreprises parties à l'accord ne détient une part de marché supérieure à 15 % sur un marché pertinent concerné par l'accord.

(2) Lorsque la concurrence sur le marché pertinent est restreinte par l'effet cumulatif de plusieurs réseaux parallèles d'accords verticaux ayant des effets similaires, le seuil visé au ch. 13 (1) est abaissé à 5 %. En règle générale, il n'existe aucun effet cumulatif de verrouillage si moins de 30 % du marché pertinent est couvert par des réseaux parallèles d'accords ayant des effets similaires.

Ch. 14 Absence d'affectation notable de la concurrence par un système de distribution sélective purement qualitative

Les accords ayant pour objet une distribution sélective purement qualitative n'affectent pas de manière notable la concurrence, pour autant que les trois conditions cumulatives suivantes soient remplies:

- i. la nature du produit en question rend nécessaire une distribution sélective, c'est-à-dire qu'un tel système doit constituer une exigence légitime eu égard à la nature du produit afin d'en préserver la qualité et d'en assurer le bon usage;
- ii. les revendeurs sont choisis sur la base de critères objectifs de nature qualitative qui sont fixés de manière uniforme pour tous, portés à la connaissance de tous les revendeurs potentiels et appliqués de façon non discriminatoire;
- iii. les critères définis ne vont pas au-delà de ce qui est nécessaire.

Ch. 15 Recommandations de prix

(1) En cas de recommandations de prix des fournisseurs à leurs revendeurs ou à leurs distributeurs, il faut examiner au cas par cas si on est en présence d'un accord illicite en matière de concurrence au sens de l'art. 5, al. 4, LCart en relation avec l'al. 1 de cet article.

(2) Les recommandations de prix sont considérées comme qualitativement graves si elles ont le même effet que des accords imposant des prix fixes ou minimaux, en raison de pressions ou d'incitations de la part d'une entreprise partie à l'accord (cf. ch. 12 (2), let. a).

(3) Les circonstances qui peuvent donner lieu à l'examen de recommandations de prix sont notamment les suivantes:

- a. le fait que les recommandations de prix ne soient pas généralement accessibles, mais émises à la seule attention des revendeurs ou distributeurs;
- b. le fait que les recommandations de prix en francs suisses indiquées par les producteurs ou fournisseurs sur les produits, les emballages ou dans les catalogues etc., ne soient pas expressément désignées comme non-contraignantes;
- c. le fait que le niveau de prix des produits concernés par les recommandations soit – à prestations comparables – significativement plus élevé que dans les pays voisins;
- d. le fait que les recommandations de prix soient effectivement suivies par une part importante des revendeurs ou des distributeurs.

Ch. 16 Motifs justificatifs

(1) Si un accord affecte de manière notable la concurrence, il faut examiner s'il est réputé justifié selon l'art. 5, al. 2, LCart. S'il n'y a aucun motif d'efficacité économique, l'accord est illicite.

(2) En règle générale, les accords sont considérés justifiés sans examen au cas par cas, lorsque la part de marché détenue par le fournisseur ne dépasse pas 30 % du marché pertinent sur lequel il vend les biens ou services contractuels et que la part

de marché détenue par l'acheteur ne dépasse pas 30 % du marché pertinent sur lequel il achète les biens ou services contractuels. Sont exclus de cette règle, les accords visés au ch. 12 (2) ainsi que les accords produisant un effet cumulatif de verrouillage et affectant la concurrence de manière notable.

(3) Les accords qui affectent de manière notable la concurrence et qui ne sont pas visés par le ch. 16 (2), sont soumis à un examen au cas par cas. Un motif justificatif peut exister lorsqu'un accord améliore l'efficacité économique au sens de l'art. 5, al. 2 LCart – par exemple par une organisation de la distribution plus efficace, au sens d'une amélioration des produits ou des procédés de fabrication ou d'une réduction des coûts de distribution – et que la restriction à la concurrence est nécessaire à cet effet.

(4) Les entreprises peuvent en particulier faire valoir, au titre des motifs d'efficacité économique visés à l'art. 5, al. 2, LCart, les justifications suivantes:

- a. la protection limitée dans le temps des investissements nécessaires à la pénétration d'un nouveau marché géographique ou à l'introduction d'un nouveau produit sur le marché;
- b. la nécessité d'assurer l'uniformité et la qualité des produits contractuels;
- c. la protection des investissements propres à une relation contractuelle qui ne peuvent pas être utilisés hors de cette relation d'affaires, ou seulement moyennant une perte considérable (problème du hold-up);
- d. le fait d'éviter un niveau sous-optimal de mesures de promotion des ventes (par ex. conseils à la clientèle) qui peut survenir lorsqu'un producteur ou distributeur peut détourner à son profit les efforts promotionnels d'un autre producteur ou distributeur (problème du parasitisme);
- e. le fait d'éviter l'imposition d'une double majoration de prix qui peut survenir lorsque tant le producteur que le distributeur disposent d'un pouvoir de marché (problème de la double marginalisation);
- f. l'encouragement à la transmission d'un savoir-faire substantiel;
- g. la garantie d'engagements financiers (par ex. des prêts) qui ne peuvent pas être fournis par le marché des capitaux.

Ch. 17 Publication

La présente communication est publiée dans la Feuille fédérale (art. 6, al. 3, LCart).

Ch. 18 Abrogation de la communication précédente

La présente communication abroge, dès son entrée en vigueur, la communication concernant l'appréciation des accords verticaux du 2 juillet 2007⁴.

⁴ FF 2007 7149 ss.

Ch. 19 Réglementation transitoire

Pour la période allant du 1^{er} août 2010 au 31 juillet 2011, la présente communication ne s'applique pas aux conventions entrées en vigueur avant le 1^{er} août 2010, qui remplissent les critères de la communication abrogée, mais qui ne satisfont, par contre, pas aux critères de la présente communication.

Ch. 20 Entrée en vigueur

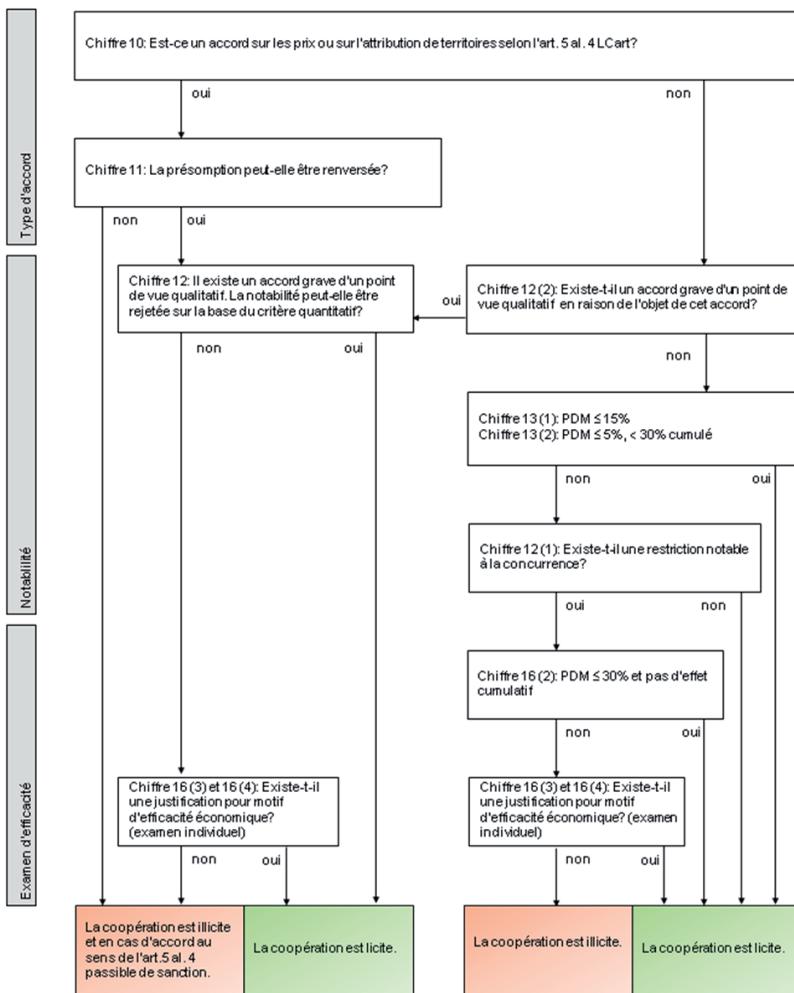
La présente communication entre en vigueur le 1^{er} août 2010.

27 juillet 2010

Commission de la concurrence:

Le président, Walter A. Stoffel

Annexe 1: Schéma pour l'appréciation des accords verticaux



PDM: Part de marché